

TE Verg Bescheid 2012/1/20 N/0016-BVA/09/2012-EV10

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 20.01.2012

Norm

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs2

BVergG 2006 §329 Abs3

BVergG 2006 §329 Abs4

1. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 328 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs 1 Bundesvergabe-gesetz 2006 in der Fassung der Novelle BGBl. I Nr. 15/2010 (BVergG), durch den Vorsitzenden des Senates 9, Mag. Gerhard Prünster, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs 2 Z 1 BVergG betreffend das Vergabeverfahren "SKA-RZ St. Radegund - Neubau - Lüftungs- und Klimaanlage-n" des Auftraggebers Pensionsversicherungsanstalt (PVA) Hauptstelle, Friedrich Hillegeist-Straße 1, 1021 Wien, über Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 10. Februar 2012, verbessert eingebracht am 20. Februar 2012, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz

eins, Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, (BVergG), durch den Vorsitzenden des Senates 9, Mag. Gerhard Prünster, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG betreffend das Vergabeverfahren "SKA-RZ St. Radegund - Neubau - Lüftungs- und Klimaanlageanlagen" des Auftraggebers Pensionsversicherungsanstalt (PVA) Hauptstelle, Friedrich Hillegeist-Straße 1, 1021 Wien, über Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 10. Februar 2012, verbessert eingebracht am 20. Februar 2012, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag "Das Bundesvergabeamt möge der Antragsgegnerin, Pensionsversicherungsanstalt - Hauptstelle, bis zur Entscheidung über den gegenständlichen Nachprüfungsantrag bei gleichzeitiger Aussetzung der angefochtenen Zuschlagsentscheidung untersagen, dem Angebot der B***, mit einer Vergabesumme von Euro XXXX (netto) inkl. 3 Jahre Wartung den Zuschlag zu erteilen", wird insofern stattgegeben, als dem Auftraggeber Pensionsversicherungsanstalt (PVA) - Hauptstelle für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt wird, im Vergabeverfahren "SKA-RZ St. Radegund - Neubau - Lüftungs- und Klimaanlageanlagen" den Zuschlag zu erteilen. Dem Antrag "Das Bundesvergabeamt möge der Antragsgegnerin, Pensionsversicherungsanstalt - Hauptstelle, bis zur Entscheidung über den gegenständlichen Nachprüfungsantrag bei gleichzeitiger Aussetzung der angefochtenen Zuschlagsentscheidung untersagen, dem Angebot der B***, mit einer Vergabesumme von Euro römisch 40 (netto) inkl. 3 Jahre Wartung den Zuschlag zu erteilen", wird insofern stattgegeben, als dem Auftraggeber Pensionsversicherungsanstalt (PVA) - Hauptstelle für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt wird, im Vergabeverfahren "SKA-RZ St. Radegund - Neubau - Lüftungs- und Klimaanlageanlagen" den Zuschlag zu erteilen.

Das Mehrbegehren wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 328 Abs 1 und 329 Abs 1, 3 und 4 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraphen 328, Absatz eins und 329 Absatz eins, 3 und 4 BVergG

Begründung

Die A***, vertreten durch X*** (in der Folge Antragstellerin), stellte mit Schriftsatz vom 10. Februar 2012, verbessert eingebracht am 20.2.2012, einen Antrag auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung sowie einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie im Spruch wiedergegeben. Ferner stellte die Antragstellerin einen Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren.

Mit Schriftsatz vom 10.2.2012 brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass sie im offenen Verfahren SKA-RZ St. Radegund - Neubau - Lüftungs- und Klimaanlageanlagen ein Angebot mit einem Nettoangebotspreis in Höhe von Euro XXXX als Projektpreis (inkl. der Betriebswartungskosten für zehn Jahre) bzw. in Höhe von Euro XXXX netto inkl. 3 Jahren Wartung gelegt habe. Mit Schriftsatz vom 10.2.2012 brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass sie im offenen Verfahren SKA-RZ St. Radegund - Neubau - Lüftungs- und Klimaanlageanlagen ein Angebot mit einem Nettoangebotspreis in Höhe von Euro römisch 40 als Projektpreis (inkl. der Betriebswartungskosten für zehn Jahre) bzw. in Höhe von Euro römisch 40 netto inkl. 3 Jahren Wartung gelegt habe.

Mit Telefax vom 3. Februar 2012 habe der Auftraggeber mitgeteilt, dass beabsichtigt sei, der B***, mit einer Vergabesumme von netto Euro XXXX inkl. 3 Jahre Wartung bzw. einem Projektpreis in Höhe von Euro XXXX netto inkl. der Betriebswartungskosten von 10 Jahren, den Zuschlag zu erteilen. In der Zuschlagsentscheidung sei mitgeteilt worden, dass hierfür der günstigste Projektpreis maßgeblich sei. Mit Telefax vom 3. Februar 2012 habe der Auftraggeber mitgeteilt, dass beabsichtigt sei, der B***, mit einer Vergabesumme von netto Euro römisch 40 inkl. 3 Jahre Wartung bzw. einem Projektpreis in Höhe von Euro römisch 40 netto inkl. der Betriebswartungskosten von 10 Jahren, den Zuschlag zu erteilen. In der Zuschlagsentscheidung sei mitgeteilt worden, dass hierfür der günstigste Projektpreis maßgeblich sei.

Tatsächlich wäre jedoch das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers auszuschneiden gewesen, da dessen Projektpreis einen rein spekulativen Angebotspreis (nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises) darstelle, der einer vertieften Angebotsprüfung nicht standhalten werde. Die Zuschlagsentscheidung sei rechtswidrig. Gemäß § 125 BVergG müsse der Auftraggeber eine vertiefte Angebotsprüfung vornehmen, wenn ein in der zit Bestimmung genannter Grund vorliege. Die Voraussetzungen für eine zwingend durchzuführende vertiefte Angebotsprüfung würden gegenständlich vorliegen. Konkret gehe es um die im Projektpreis enthaltene Position 02.95.10.01 BZ

(Betriebswartungskosten für sieben Jahre nach Ablauf der Gewährleistungsfrist für die Klima- und Lüftungsanlage). Diese Position sei in allen Projektangeboten gesondert ausgewiesen und im Projektpreis enthalten. Das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers habe diese Position mit Euro XXXX netto jährlich, sohin für sieben Jahre mit netto Euro XXXX ausgewiesen. Tatsächlich wäre jedoch das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers auszuschneiden gewesen, da dessen Projektpreis einen rein spekulativen Angebotspreis (nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises) darstelle, der einer vertieften Angebotsprüfung nicht standhalten werde. Die Zuschlagsentscheidung sei rechtswidrig. Gemäß Paragraph 125, BVergG müsse der Auftraggeber eine vertiefte Angebotsprüfung vornehmen, wenn ein in der zit Bestimmung genannter Grund vorliege. Die Voraussetzungen für eine zwingend durchzuführende vertiefte Angebotsprüfung würden gegenständlich vorliegen. Konkret gehe es um die im Projektpreis enthaltene Position 02.95.10.01 BZ (Betriebswartungskosten für sieben Jahre nach Ablauf der Gewährleistungsfrist für die Klima- und Lüftungsanlage). Diese Position sei in allen Projektangeboten gesondert ausgewiesen und im Projektpreis enthalten. Das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers habe diese Position mit Euro römisch 40 netto jährlich, sohin für sieben Jahre mit netto Euro römisch 40 ausgewiesen.

Demgegenüber habe die Antragstellerin diese Position mit einem Preis in Höhe von netto Euro XXXX jährlich, sohin für sieben Jahre mit netto Euro XXXX, angeboten. Demgegenüber habe die Antragstellerin diese Position mit einem Preis in Höhe von netto Euro römisch 40 jährlich, sohin für sieben Jahre mit netto Euro römisch 40, angeboten.

Der drittgereihte Bieter habe diese Position für sieben Jahre mit netto Euro XXXX angeboten. Der drittgereihte Bieter habe diese Position für sieben Jahre mit netto Euro römisch 40 angeboten.

Die Antragstellerin vertrete die Ansicht, dass es sich beim Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers somit um ein spekulatives Preisangebot handle. Die Antragstellerin habe ihr Angebot sehr knapp kalkuliert. Der präsumtive Zuschlagsempfänger habe für dasselbe Projekt zur selben Position, damals noch als Mitglied einer Bietergemeinschaft, in einem vorangegangenen Vergabeverfahren die idente Position mit netto Euro XXXX jährlich, sohin für sieben Jahre mit netto Euro XXXX angeboten. Unterstelle man die sorgfältige betriebswirtschaftliche Kalkulation des seinerzeitigen Angebots des präsumtiven Zuschlagsempfängers, sei nicht nachvollziehbar, wie nunmehr dieselbe Leistungsposition um rund 1/8 des seinerzeitigen Angebotspreises angeboten werden könne. Dies sei betriebswirtschaftlich nicht nachvollziehbar. Die Antragstellerin vertrete die Ansicht, dass es sich beim Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers somit um ein spekulatives Preisangebot handle. Die Antragstellerin habe ihr Angebot sehr knapp kalkuliert. Der präsumtive Zuschlagsempfänger habe für dasselbe Projekt zur selben Position, damals noch als Mitglied einer Bietergemeinschaft, in einem vorangegangenen Vergabeverfahren die idente Position mit netto Euro römisch 40 jährlich, sohin für sieben Jahre mit netto Euro römisch 40 angeboten. Unterstelle man die sorgfältige betriebswirtschaftliche Kalkulation des seinerzeitigen Angebots des präsumtiven Zuschlagsempfängers, sei nicht nachvollziehbar, wie nunmehr dieselbe Leistungsposition um rund 1/8 des seinerzeitigen Angebotspreises angeboten werden könne. Dies sei betriebswirtschaftlich nicht nachvollziehbar.

Die Antragstellerin habe bei ihrer äußerst knappen Kalkulation keine Möglichkeit gesehen, günstiger anzubieten, geschweige denn zu einem jährlichen Wartungspreis in Höhe von Euro XXXX netto, sohin für sieben Jahre auf netto Euro XXXX zu gelangen. Die Antragstellerin habe bei ihrer äußerst knappen Kalkulation keine Möglichkeit gesehen, günstiger anzubieten, geschweige denn zu einem jährlichen Wartungspreis in Höhe von Euro römisch 40 netto, sohin für sieben Jahre auf netto Euro römisch 40 zu gelangen.

Gehe man weiters davon aus, dass diese Betriebswartungskosten auch in den Gesamtpreis einfließen würden, weil in diesen Gesamtpreis auch die Wartungskosten für drei Jahre ausschreibungsgemäß einzurechnen seien, so fließe diese spekulative Preisgestaltung auch in den Gesamtpreis ein und beeinflusse solcher Art nochmals das Preisangebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers zu Ungunsten der Antragstellerin.

Zu berücksichtigen sei darüber hinaus auch noch, dass die Angebote der übrigen Mitbewerber (mit Ausnahme des präsumtiven Zuschlagsempfängers) in diesen Positionen bis zu ca. Euro XXXX netto für sieben Jahre betragen würden. Zu berücksichtigen sei darüber hinaus auch noch, dass die Angebote der übrigen Mitbewerber (mit Ausnahme des präsumtiven Zuschlagsempfängers) in diesen Positionen bis zu ca. Euro römisch 40 netto für sieben Jahre betragen würden.

Es entziehe sich der Kenntnis der Antragstellerin, ob und in welcher Form eine vertiefte Angebotsprüfung hinsichtlich des Angebotes des präsumtiven Zuschlagsempfängers durchgeführt worden sei. Aufgrund der eigenen

Nachkalkulation sowie der Branchen- und Marktkunde der Antragstellerin, sei es ausgeschlossen, dass das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers in der genannten Position und daher insgesamt bezogen auf den Projektpreis betriebswirtschaftlich erklärbar und/oder nachvollziehbar sei. Zu diesem Ergebnis hätte auch der Auftraggeber zwingend gelangen müssen. In der Folge wäre das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers auszuscheiden und der Antragstellerin der Zuschlag zu erteilen gewesen.

Der Antragstellerin drohe bei Nichterhalt des Auftrages ein Schaden in Form des entgangenen Gewinns sowie der anfallenden, nicht verminderten kalkulierten Geschäftsgemeinkosten (Erfüllungsinteresse). Die Nichterteilung des Zuschlages würde weiters eine fehlende Auslastung ihres Personalstandes, Folgekosten für die Akquisition anderer Aufträge und Vorhaltekosten für das Unternehmen mit sich bringen. Darüber hinaus würde ein wichtiges Referenzprojekt verloren gehen.

Die Antragstellerin habe das billigste Angebot gelegt. Durch die angefochtene Entscheidung werde sie in ihrem Recht auf Erteilung des Zuschlags verletzt sowie in ihrem Recht auf Durchführung eines gesetzmäßigen Vergabeverfahrens. Die Antragstellerin habe großes Interesse am Vertragsabschluss.

Konkret zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung brachte die Antragstellerin vor, dass sie das gesamte bisherige Vorbringen auch zum Vorbringen hinsichtlich des Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erhebe. Besondere öffentliche Interessen, die der Erlassung der einstweiligen Verfügung entgegen stehen würden, seien nicht ersichtlich. Um einen Schaden für die Antragstellerin zu verhindern, sei es notwendig, die beantragte einstweilige Verfügung zu erlassen.

Mit Schriftsatz vom 14. Februar 2012 erstattete der Auftraggeber allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Es handle sich um einen Bauauftrag im Oberschwellenbereich (Gesamtvorhaben), der in einem offenen Verfahren nach dem Billigstbieterprinzip zur Vergabe gelangen solle. Der geschätzte Auftragswert des gegenständlichen Loses belaufe sich auf ca Euro XXXX exkl USt. Mit Schriftsatz vom 14. Februar 2012 erstattete der Auftraggeber allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Es handle sich um einen Bauauftrag im Oberschwellenbereich (Gesamtvorhaben), der in einem offenen Verfahren nach dem Billigstbieterprinzip zur Vergabe gelangen solle. Der geschätzte Auftragswert des gegenständlichen Loses belaufe sich auf ca Euro römisch 40 exkl USt.

Der Auftrag sei am 28.10.2011 im Amtlichen Lieferanzeiger (L-497747-1a25) und am 2.11.2011 im Amtsblatt der EG (2011/S210-342077) bekannt gemacht worden.

Die Öffnung der Angebote sei am 22.11.2011 erfolgt. Das Angebot der Antragstellerin sei preislich an zweiter Stelle gereiht. Die Angebotssumme belaufe sich auf netto Euro XXXX, der Projektpreis auf netto Euro XXXX. Die Angebotssumme des präsumtiven Zuschlagsempfängers belaufe sich auf Euro XXXX ohne USt, der Projektpreis auf netto Euro XXXX. Die Öffnung der Angebote sei am 22.11.2011 erfolgt. Das Angebot der Antragstellerin sei preislich an zweiter Stelle gereiht. Die Angebotssumme belaufe sich auf netto Euro römisch 40, der Projektpreis auf netto Euro römisch 40. Die Angebotssumme des präsumtiven Zuschlagsempfängers belaufe sich auf Euro römisch 40 ohne USt, der Projektpreis auf netto Euro römisch 40.

Nach Abschluss der Angebotsprüfung habe der Auftraggeber der Antragstellerin per Telefax am 3.2.2012 die Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben.

Eine Widerrufsentscheidung sei nicht ergangen, der Zuschlag sei noch nicht erteilt worden.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gab der Auftraggeber keine Stellungnahme ab.

Rechtliche Würdigung:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages römisch eins. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages:

Auftraggeber iSd § 2 Z 8 BVergG des gegenständlichen Beschaffungsvorganges ist die Pensionsversicherungsanstalt (PVA) Hauptstelle. Diese ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (vgl BVA 17.11.2011, N/0087-BVA/12/2011- 24; BVA 9.1.2012, N/0001-BVA/09/2012-EV13 u.a.). Auftraggeber iSd Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG des gegenständlichen Beschaffungsvorganges ist die Pensionsversicherungsanstalt (PVA) Hauptstelle. Diese ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG vergleiche BVA 17.11.2011, N/0087-BVA/12/2011- 24; BVA 9.1.2012, N/0001-BVA/09/2012-EV13 u.a.).

Es handelt sich um einen Bauauftrag, der in einem offenen Verfahren nach dem Billigstbieterprinzip vergeben werden soll. Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens liegt im Oberschwellenbereich, jener des verfahrensgegenständlichen Loses im Unterschwellenbereich.

Bei der von der Antragstellerin angefochtenen Zuschlagsentscheidung handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit a sublit aa BVergG. Von einem in § 328 Abs 1 BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 leg.cit. ist nicht auszugehen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die sonstigen formalen Voraussetzungen des § 328 Abs 2 BVergG. Bei der von der Antragstellerin angefochtenen Zuschlagsentscheidung handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG. Von einem in Paragraph 328, Absatz eins, BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, leg.cit. ist nicht auszugehen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die sonstigen formalen Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG.

Die Zuschlagsentscheidung wurde der Antragstellerin am 3.2.2012 bekannt gegeben. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde am 10.2.2012 eingebracht und ist somit als rechtzeitig zu qualifizieren. Die aufgetragene Verbesserung erfolgte am 20.2.2012.

Es ist weder eine Widerrufsentscheidung bekannt gegeben worden noch wurde der Zuschlag erteilt. Das Bundesvergabeamt ist zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig.

II. Inhaltliche Beurteilung des Antrages:römisch zwei. Inhaltliche Beurteilung des Antrages:

Gemäß § 328 Abs 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern. Gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern.

Gemäß § 329 Abs 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen. Gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG hat das Bundesvergabeamt vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen.

Gemäß § 329 Abs 3 BVergG können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen. Gemäß Paragraph 329, Absatz 3, BVergG können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Nach § 329 Abs 4 leg.cit. ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung

des Bundesvergabebeamten über den Antrag auf Nichtigerklärung außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. Nach Paragraph 329, Absatz 4, leg. cit. ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabebeamten über den Antrag auf Nichtigerklärung außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird.

Im Rahmen der Interessenabwägung nach § 329 Abs 1 BVergG (sowie auch im Hinblick auf die zu verfügende einstweilige Maßnahme) ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass der Auftraggeber beabsichtigt, den Zuschlag der B***, zu erteilen. Dies wäre jedoch bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig. Nach derzeitigem Erkenntnisstand kann nicht ausgeschlossen werden, dass die von der Antragstellerin relevierten Rechtswidrigkeiten zutreffen und sie auch für den Erhalt des Auftrages in Betracht kommen könnte, wodurch ihr aufgrund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können nur durch die befristete Untersagung der Zuschlagserteilung abgewendet werden, da der möglicherweise bestehende Anspruch auf Auftragserhalt nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht. Im Rahmen der Interessenabwägung nach Paragraph 329, Absatz eins, BVergG (sowie auch im Hinblick auf die zu verfügende einstweilige Maßnahme) ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass der Auftraggeber beabsichtigt, den Zuschlag der B***, zu erteilen. Dies wäre jedoch bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig. Nach derzeitigem Erkenntnisstand kann nicht ausgeschlossen werden, dass die von der Antragstellerin relevierten Rechtswidrigkeiten zutreffen und sie auch für den Erhalt des Auftrages in Betracht kommen könnte, wodurch ihr aufgrund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können nur durch die befristete Untersagung der Zuschlagserteilung abgewendet werden, da der möglicherweise bestehende Anspruch auf Auftragserhalt nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht.

Die Antragstellerin brachte vor, dass ihr bei Nichterhalt des Auftrages ein Schaden in Form des entgehenden Gewinnes, sowie der anfallenden, nicht verminderten kalkulierten Geschäftsgemeinkosten, entstehe. Auch drohe eine fehlende Auslastung ihres Personalstandes sowie ein Schaden in Gestalt von Vorhaltekosten. Darüber hinaus würde ein wichtiges Referenzprojekt verloren gehen.

Hiezu ist festzuhalten, dass dem Erfordernis, einen drohenden oder eingetretenen Schaden darzutun, in einem Nachprüfungsantrag bereits dann entsprochen wird, wenn die entsprechende Behauptung plausibel ist. Ins Einzelne gehende Darlegungen sind nicht geboten (vgl. VwGH 24.2.2006, 2004/04/0127; VwGH 22.6.2011, 2009/04/0128). Hiezu ist festzuhalten, dass dem Erfordernis, einen drohenden oder eingetretenen Schaden darzutun, in einem Nachprüfungsantrag bereits dann entsprochen wird, wenn die entsprechende Behauptung plausibel ist. Ins Einzelne gehende Darlegungen sind nicht geboten vergleiche VwGH 24.2.2006, 2004/04/0127; VwGH 22.6.2011, 2009/04/0128).

Unter dem Schadensbegriff des § 328 Abs. 1 BVergG 2006 ist nicht nur der reine Vermögensschaden zu verstehen, sondern etwa auch der Verlust eines Referenzprojekts. Vom Schadensbegriff des § 328 Abs. 1 BVergG 2006 sind, ebenso wie vom Schadensbegriff des § 320 Abs. 1 Z. 2 BVergG 2006, all jene Nachteile umfasst, die in der Beeinträchtigung der Möglichkeit eines Unternehmers, am Vergabeverfahren teilzunehmen und den Zuschlag zu erhalten, liegen (vgl. Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, BVergG 2006, § 320 Rz 7, und T. Gruber, ebenda, § 328 Rz 29). Unter dem Schadensbegriff des Paragraph 328, Absatz eins, BVergG 2006 ist nicht nur der reine Vermögensschaden zu verstehen, sondern etwa auch der Verlust eines Referenzprojekts. Vom Schadensbegriff des Paragraph 328, Absatz eins, BVergG 2006 sind, ebenso wie vom Schadensbegriff des Paragraph 320, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006, all jene Nachteile umfasst, die in der Beeinträchtigung der Möglichkeit eines Unternehmers, am Vergabeverfahren teilzunehmen und den Zuschlag zu erhalten, liegen vergleiche Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, BVergG 2006, Paragraph 320, Rz 7, und T. Gruber, ebenda, Paragraph 328, Rz 29).

Es ist evident, dass einem Bieter bei Zuschlagserteilung auf das Angebot eines Mitbewerbers ein Schaden zu entstehen droht bzw entsteht (vgl. auch BVA 3.1.2012, N/0123-BVA/08/2011-EV17; BVA 8.11.2011, N/0110-BVA/09/2011-EV10 uva). Den ihr zu entstehen drohenden Schaden hat die Antragstellerin jedenfalls in einer dem Gesetz und der Judikatur des VwGH genügenden Art und Weise dargetan. Es ist evident, dass einem Bieter bei Zuschlagserteilung auf das Angebot eines Mitbewerbers ein Schaden zu entstehen droht bzw entsteht vergleiche auch BVA 3.1.2012, N/0123-BVA/08/2011-

EV17; BVA 8.11.2011, N/0110-BVA/09/2011-EV10 uva). Den ihr zu entstehen drohenden Schaden hat die Antragstellerin jedenfalls in einer dem Gesetz und der Judikatur des VfGH genügenden Art und Weise dargetan.

Das Interesse der Antragstellerin am Vertragsabschluss ist bereits aus der Tatsache ableitbar, dass sich die Antragstellerin am Vergabeverfahren beteiligt, ein Angebot gelegt und in weiterer Folge auch einen Nachprüfungsantrag eingebracht hat.

Eine besondere Dringlichkeit des Beschaffungsvorgangs ist dem Senatsvorsitzenden nicht erkennbar. Eine solche wurde auch vom Auftraggeber nicht vorgebracht. Auch besondere öffentliche Interessen, die gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen würden, sind weder ersichtlich noch wurden solche vorgebracht.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes hat der Auftraggeber bei der Erstellung des Zeitplanes des Vergabeverfahrens grundsätzlich auf die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens und - daraus folgend - auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen (VfGH 1.8.2002, B1194/02; ebenso BVA 10.4.2008, N/0042-BVA/07/2008-EV14; 2.11.2007, N/0098-BVA/11/2007-EV7; BVA 14.6.2010, N/0047-BVA/09/2010-EV14 u.v.a.).

Weiters ist auf die Judikatur des EuGH hinsichtlich des Vorranges des provisorischen Rechtsschutzes zur Sicherung einer allfälligen späteren Nichtigkeitsklärung rechtswidriger Auftraggeberentscheidungen Bedacht zu nehmen (vgl. EuGH 28.10.1999, Rs C-81/98, Alcatel Austria AG; EuGH 18.6.2002, Rs C- 92/00, Hospital Ingenieure; BVA 22.4.2008, N/0044-BVA/09/2008-EV11 u.v.a.). Weiters ist auf die Judikatur des EuGH hinsichtlich des Vorranges des provisorischen Rechtsschutzes zur Sicherung einer allfälligen späteren Nichtigkeitsklärung rechtswidriger Auftraggeberentscheidungen Bedacht zu nehmen vergleiche EuGH 28.10.1999, Rs C-81/98, Alcatel Austria AG; EuGH 18.6.2002, Rs C- 92/00, Hospital Ingenieure; BVA 22.4.2008, N/0044-BVA/09/2008-EV11 u.v.a.).

Zudem ist die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes zu berücksichtigen, wonach bei der Interessenabwägung im Zusammenhang mit dem Vergaberechtschutz auch das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu beachten ist (vgl. VfGH 25.10.2002, B 1369/01, dem folgend u.a. BVA vom 5.7.2006, N/0051-BVA/04/2006-EV10; BVA 7.10.2011, N/0097-BVA/09/2011-EV10 u.a.). Zudem ist die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes zu berücksichtigen, wonach bei der Interessenabwägung im Zusammenhang mit dem Vergaberechtschutz auch das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu beachten ist vergleiche VfGH 25.10.2002, B 1369/01, dem folgend u.a. BVA vom 5.7.2006, N/0051-BVA/04/2006-EV10; BVA 7.10.2011, N/0097-BVA/09/2011-EV10 u.a.).

Unter Zugrundelegung des oben Gesagten ist ein Überwiegen der nachteiligen Folgen der Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung nicht gegeben. Vielmehr ist das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung als überwiegend zu werten.

Die angeordnete vorläufige Untersagung der Zuschlagserteilung stellt im gegenwärtigen Verfahrensstadium die gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme dar. Die Dauer der Maßnahme war dem Antrag entsprechend mit der Dauer des Nachprüfungsverfahrens festzulegen.

Die weiters begehrte vorläufige Aussetzung der Zuschlagsentscheidung ist zur Wahrung der Rechtsposition der Antragstellerin nicht erforderlich [siehe § 329 Abs 2 BVergG: Ein entgegen einer Anordnung in einer einstweiligen Verfügung Die weiters begehrte vorläufige Aussetzung der Zuschlagsentscheidung ist zur Wahrung der Rechtsposition der Antragstellerin nicht erforderlich [siehe Paragraph 329, Absatz 2, BVergG: Ein entgegen einer Anordnung in einer einstweiligen Verfügung

erteilter Zuschlag ist absolut nichtig bzw unwirksam; vgl BVA 29.3.2011 erteilter Zuschlag ist absolut nichtig bzw unwirksam; vergleiche BVA 29.3.2011,

N/0021-BVA/10/2011-EV11; BVA 6.2.2012, N/0010-BVA/03/2012-EV6 u.a.).

Zuletzt aktualisiert am

16.03.2012

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at